

Advies over het voornemen van de Nederlandse Orde van Advocaten tot regulering ten behoeve van ‘nummerherkenning’

*Aernout Schmidt**

Inhoudsopgave

De opdracht	2
De stukken	2
April 2009: brief van de Minister	2
Juni 2009: (Opleg)notitie invoering nummerherkenning	3
Oktober 2009: Notitie Koops/Prins	6
November 2009: Impactanalyse	7
Intermezzo: een niet genoemd risico en een wijzigingsvoorstel	7
November 2009: Notitie invoering nummerherkenning	8
December 2009: Presentatie OM over Project schoning geheimhouders	9
Conclusie en aanbeveling	10
Aangehaalde literatuur	11

*Mr. dr. Aernout Schmidt is hoogleraar Recht en Informatica aan de Universiteit Leiden. Hij specialiseert zich in (methoden en technieken voor) de kwalitatieve analyse van (voorgenomen) regelstelsels voor institutionele systemen, die worden ondersteund door ICT (zie bijvoorbeeld: A. Schmidt en S. Corvers, *Aanbesteding en innovatie: juridisch handboek functioneel specificeren van aanbestedingen*, Sdu, 2009).

De opdracht

Op maandag 23^e november 2009 bereikte mij een e-mail van de deken van de Amsterdamse Orde van Advocaten. Hij is bezorgd over de stappen die op stapel staan om nummerherkenning te realiseren. Hij vroeg me op woensdag 25 november om een bondig advies over de houdbaarheid van het voorgestelde systeem te formuleren ten behoeve van de Raad van Toezicht van de Amsterdamse Orde van Advocaten, en wel vóór 1 december. Aan deze verplichting is op 30 november voldaan in een vorige versie. Naar aanleiding van de hieronder genoemde bijeenkomst op 1 december, die ik mocht bijwonen, is op diezelfde dag nog een paragraaf toegevoegd, resulterend in de voorliggende eindversie.

De stukken

Kennelijk gaat het bij nummerherkenning om een spoedeisende aangelegenheid die voortvarend wordt aangepakt. Ik geef in Tabel 1 een overzicht van de mij beschikbaar gestelde stukken, geordend naar datum van opstelling. Gelet op de beschikbare tijd volg ik een tamelijk opportunistische werkwijze. Het vervolg van dit advies krijgt vorm aan de hand van stellingen die ik ontleen aan genoemde stukken. Ik behandel de stukken in chronologische volgorde en in het licht van mijn parate kennis en ervaring. Ik sluit af met een conclusie en een aanbeveling.

Datering	Naam	Referentie
15-4-2009	Brief MvJ: Evaluatie van hoofdstuk 13 van de Telecommunicatiewet	[vJ09]
9-6-2009	Algemene Raad: Oplegnotitie invoering nummerherkenning, Dossiernummer 3.1.2/3	[vdNOvA09c]
9-6-2009	Algemene Raad: Notitie invoering van nummerherkenning, Dossiernummer 3.1.2/3	[vdNOvA09b]
24-10-2009	Koops & Prins: Notitie over een bestand voor automatische nummerherkenning van geheimhoudergesprekken	[eCP09]
8-11-2009	Verdonck Klooster & Ass.: Impactanalyse invoering nummerherkenning bij interceptie	[eKvdS09]
13-11-2009	Algemene Raad: Notitie invoering nummerherkenning	[vJ09]
13-11-2009	Algemene Raad: Concept verordening op de nummerherkenning	[vdNOvA09a]
1-12-2009	Presentatie OM over project opschoning geheimhoudernummers	[eRvBU09]

Tabel 1: Chronologie van documenten

April 2009: brief van de Minister

Uit [vJ09] leid ik af dat het gaat om de kwestie dat er maatregelen genomen moeten worden “inzake de niet-naleving van de strafvorderlijke voorschriften die zien op de vernietiging van geheimhoudergesprekken in het kader van opsporingsonderzoeken.” In dat kader is op of omstreeks 9 februari *door het College van procureurs-generaal en de Nederlandse Orde van Advocaten gezamenlijk* een advies is aangeboden aan de Minister van Justitie hieromtrent. In dit advies wordt een vijftal voorwaarden opgesomd: (1) het landelijke interceptiesysteem van het KLPD moet adequaat zijn aangepast (filtering, vernietiging), (2) een regime voor accurate aanbidding geheimhoudernummers moet zijn gerealiseerd, (3) gedragsregels

bij geheimhouders die het voeren van geheimhoudergesprekken via niet opgegeven nummers afraden/verbieden en (4) gedragsregels die oneigenlijk gebruik van geheimhoudernummers verbieden moeten in stelling zijn gebracht en (5) de mogelijkheden om oneigenlijk gebruik tuchtrechtelijk c.q. strafrechtelijk te straffen moeten zijn verwezenlijkt.

Stelling 1: *Kennelijk wordt door de Nederlandse Orde van Advocaten en het College van procureurs-generaal het inzicht gedeeld dat de eerste zich het merendeel (4 van de 5) van de inspanningen moet getroosten om de tweede in staat te stellen zijn wettelijke taak (de vernietiging van geheimhoudergesprekken) in de toekomst op een rechtmatige wijze te laten uitvoeren.*

Stelling 2: *Kennelijk toont de Nederlands Orde van Advocaten zich (door het maken van afspraken met het College van procureurs-generaal over wederzijdse inspanningen ten behoeve van nummerherkenning) bereid om mede verantwoordelijk te worden voor de rechtmatige uitvoering van een wettelijke taak van haar ‘natuurlijke opponent’: het College van procureurs-generaal.*

De Orde ziet – niet zonder reden: ze kan immers een noodzakelijke voorwaarde helpen scheppen – in een rechtmatiger uitvoering van bedoelde wettelijke taak door het OM een zo groot belang, dat er in beginsel bereidheid bestaat tot operationele samenwerking met het OM ook al is die haar natuurlijke opponent.

Stelling 3: *Er is derhalve bij het project nummerherkenning sprake van publiek-private samenwerking tussen het College van procureurs-generaal en de Nederlandse Orde.*

Omdat de Nederlandse Orde hierbij de advocatuur vertegenwoordigt, en omdat het samenwerkingsverband niet voortvloeit uit een wettelijke plicht van de Orde gaat het hoe dan ook om een vorm van publiek-private samenwerking. Dat aan een dergelijke samenwerking geen nadelige bij-effecten zijn verbonden moet helder, transparant en overtuigend (kunnen) worden uitgelegd, onder meer door de wederzijdse belangen, doelen, verplichtingen, bevoegdheden en verantwoordelijkheden ook civielrechtelijk op te helderen.

Juni 2009: (Opleg)notitie invoering nummerherkenning

Uit [vdNOvA09c] geef ik een citaat in Figuur 1, op basis waarvan ik opnieuw enkele stellingen geef:

De advocaat die meedoet aan het systeem van nummerherkenning geeft een aantal telefoon- en faxnummers¹ door aan de secretaris van de Algemene Raad. De advocaat belt en faxt alleen nog maar via deze opgegeven nummers. De secretaris geeft deze nummers door aan het Korps Landelijke Politiediensten (KLPD). Het KLPD filtert op basis hiervan de geheimhouders- gesprekken uit de getapte gesprekken van een verdachte. Deze gesprekken worden automatisch in een apart, ontoegankelijk depot opgeslagen en na 30 dagen automatisch vernietigd.

Let wel: de telefoongesprekken van een advocaat worden alleen getapt als de advocaat belt met, of gebeld wordt door een cliënt of een derde die op dat moment verdachte is en onder een telefoontap staat.

Om het systeem van nummerherkenning mogelijk te maken moet de Orde een aparte database ontwikkelen waarin alle nummers worden opgeslagen. Op grond van de privacywetgeving moet de Orde van iedere advocaat toestemming krijgen om zijn of haar nummers door te geven. Hierdoor kan de Orde deelname aan het systeem niet verplicht stellen. Daarom zal de Algemene Raad de benodigde regels vastleggen in een richtlijn met de klemmende aanbeveling om mee te doen met het systeem.

Figuur 1: Uit de oplegnotitie van de Algemene Raad van 9 juni

Stelling 4: *De Nederlandse Orde is bereid een aparte database te ontwikkelen waarin alle actuele geheimhoudernummers in real time worden opgeslagen en beschikbaar gehouden.*

Stelling 5: *De Nederlandse Orde geeft de inhoud van deze database door aan het KLPD.*

Stelling 6: *Het KLPD filtert op basis van deze nummers afgeluisterde gesprekken, zet ze 30 dagen apart en vernietigt ze daarna automatisch.*

Stelling 7: *Per juni 2009 is de Orde nog van oordeel dat de database alleen met toestemming van individuele advocaten kan worden gevuld.*

Stelling 8: *Advocaten die meedoen bellen of faxen bij voorkeur via de aan de database opgegeven nummers.*

Hiermee legt de Orde de Zwarte Piet en de risico's bij haar leden, de advocaten. Voorzienbaar is immers dat – via de *a contrario* glijbaan – gesprekken die voorheen op basis van het verschoningsrecht *niet* als rechtmatig bewijs werden aanvaard dat in de toekomst *wel* zullen worden, tenminste wanneer die gesprekken van advocaatzijde zijn gevoerd via een niet aangemeld nummer, en dus met onvoldoende zorg voor de vertrouwelijkheid die hij jegens zijn cliënt verplicht is. Bij conflicten over 'fouten' wordt de advocaat voor de bewijsvoering afhankelijk van het OM.

Een intrigerende bijkomende vraag is hoe één en ander zal uitwerken op de hoogte van de premies voor beroepsverzekeringen.

Stelling 9: *Onzeker is of het mandaat van de Nederlandse Orde toereikend is c.q. zorgvuldig kan worden aangewend om haar leden in een positie te brengen waarin zij afhankelijk worden van het OM voor bewijsvoering bij geschillen over 'fouten' in de praktijk van de nummerherkenning.*

Stelling 10: *Opmerkelijk is het vertrouwen dat de Nederlandse Orde bij het aanbevelen van de voorgespiegelde architectuur kennelijk heeft in zowel de ICT-vaardigheden van OM/justitie als in de authentieke motivering bij opsporingsdiensten waar het gaat om het respecteren en naleven van privacybelangen en -regels.*

De laatste stelling verdient tweeërlei toelichting. Ten eerste: het *track record* van OM/Justitie (en van de overheid in het algemeen) bij het (doen) ontwikkelen en in productie brengen en houden van informatiesystemen ten behoeve van de verschillende taken is ronduit slecht. Een reeks afkortingen dringt zich op: HBS, GPS, PSO2, C2000, UWV/Wia, Walvis, P-Direct/SSC. Een aantal rapporten van de Rekenkamer geeft de benodigde onderbouwing. Om een indruk te geven citeer ik hieronder de lijst van aangehaalde literatuur in [Rek07] in zijn geheel:

- Algemene Rekenkamer (1989). Automatisering bij de politie. Tweede Kamer, vergaderjaar 1988-1989, 21 282, nrs. 1-2, Den Haag: Sdu.
- Algemene Rekenkamer (2001). Aanleg Betuweroute; projectbeheersing en financiering. Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 28070, nr. 2. Den Haag: Sdu.
- Algemene Rekenkamer (2003a). Communicatienetwerk C2000 en Geïntegreerd Meldkamersysteem. Tweede Kamer, vergaderjaar 2002- 2003, 28 970, nrs. 1-2. Den Haag: Sdu.
- Algemene Rekenkamer (2003b). Tussen beleid en uitvoering: lessen uit recent onderzoek van de Algemene Rekenkamer. Tweede Kamer, vergaderjaar 2002-2003, 28 831, nrs. 1-2. Den Haag: Sdu.
- Algemene Rekenkamer (2003c). ICT bij de politie. Tweede Kamer, vergaderjaar 2003-2004, 29 350, nrs. 1-2. Den Haag: Sdu.
- Algemene Rekenkamer (2005a). Premie-inning werknemersverzekeringen. Tweede Kamer, vergaderjaar 2004-2005, 30 130, nrs. 1-2. Den Haag: Sdu.
- Algemene Rekenkamer (2005b). Immigratie- en Naturalisatiedienst. Tweede Kamer, vergaderjaar 2004-2005, 30 240, nrs. 1-2. Den Haag: Sdu.
- Algemene Rekenkamer (2005c). Jaarverslag en slotwet ministerie van Defensie 2004; Rapport bij het jaarverslag 2004 van het ministerie van Defensie. Tweede Kamer, vergaderjaar 2004-2005, 30 100 X, nr. 2. Den Haag: Sdu.
- Algemene Rekenkamer (2006a). Behoeftestelling vervanging F-16; Monitoring verwerping Joint Strike Fighter; Stand van zaken september Lessen uit ICT-projecten bij de overheid 40 2006. Tweede Kamer, vergaderjaar 2006-2007, 26 488, nr. 51. Den Haag: Sdu.
- Algemene Rekenkamer (2006b). Grip op informatievoorziening; IT- governance bij ministeries. Tweede Kamer, vergaderjaar 2005-2006, 30 505, nr. 2. Den Haag: Sdu.
- Algemene Rekenkamer (2007a). Premie-inning werknemersverzekeringen; Rapport: Terugblik 2007. Tweede Kamer, vergaderjaar 2006-2007, 30 130, nr. 6-7. Den Haag: Sdu.
- Algemene Rekenkamer (2007b). Risicobeheersing HSL-Zuid. Tweede Kamer, vergaderjaar 2006-2007, 31 072, nrs. 1-2, Den Haag: Sdu.
- Algemene Rekenkamer (2007c). Aanbestedingsbeleid Ministerie van BZK en KLPD. Tweede Kamer, vergaderjaar 2007-2008, 31 207, nrs. 1-2, Den Haag: Sdu.
- Algemene Rekenkamer (2007d). Aanbesteding ICT-component P-Direkt. Tweede Kamer, vergaderjaar 2006-2007, 31 027, nrs. 1-2. Den Haag: Sdu.
- Algemene Rekenkamer (2007e). Staat van de Beleidsinformatie 2007. Tweede Kamer, vergaderjaar 2006-2007, 31 029, nrs. 1-2. Den Haag: Sdu.
- Algemene Rekenkamer (2007f). Brief van de Algemene Rekenkamer. Tweede Kamer, vergaderjaar 2006-2007, 26 643, nr. 97. Den Haag: Sdu.
- Beenker, N. (2004). Studie naar succes- en faalfactoren van complexe ICT-projecten. Ordina.
- Centraal Bureau voor de Statistiek (2006). Statistische bijlage. De digitale economie 2006. Voorburg/Heerlen.
- Centraal Bureau voor de Statistiek (2007). Nationale rekening 2006. Voorburg/Heerlen.
- Congress of the United States of America (1996). Information and Technology Management Reform Act of 1996 (Clinger Cohen Act). Public Law 104-106, 10 februari 1996.
- Dekker, V. (2007a). Automatisering slokt miljarden euro's op. Overheid smijt met geld voor gebrekkige software. Trouw, 4 juni 2007.
- Dekker, V. (2007b). Automatiseringsramp lijkt onvermijdelijk. Trouw, 4 juni 2007.
- Ernst and Young (2007). ICT-barometer: minder dan de helft alle ICT- projecten volledig succesvol. www.ict-barometer.nl, 20 juni 2007.
- Minister voor BVK (2004) Personeelsbrief 2003; Brief minister over Shared Service Center (SSC) HRM. Voortgangsrapportage Oprichting van het Shared Service Center HRM voor Personeelsregistratie en Salarisadministratie (bijlage bij 28 610, nr. 5) Second opinion – Voortgangsrapportage SSC HRM (bijlage bij 28 610, nr. 5) Tweede Kamer, vergaderjaar 2003-2004, 28 610, nr. 5. Den Haag: Sdu.
- Minister van BZK (2007a). Informatie- en communicatietechnologie; Brief van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Tweede Kamer, vergaderjaar 2006-2007, 26 643, nr. 91. Den Haag: Sdu
- Minister van BZK (2007b). Bijlage: overzicht van grootschalige ICT- projecten die lopen bij de rijksoverheid, voorzien van een stand van zaken van deze projecten. Tweede Kamer, vergaderjaar 2006-2007, 26 643, nr. 99. Den Haag: Sdu.

Minister van BZK (2007c). Trendnota Arbeidszaken Overheidspersoneel 2008; Brief van de minister van BZK. Tweede Kamer, vergaderjaar 2007- 2008, 31 201, nr. 3 herdruk. Den Haag: Sdu.

The Standish Group (1995). The Standish Group Report CHAOS. z.pl.

Tweede Kamer (2000). Motie van het lid Rietkerk c.s. Tweede Kamer, vergaderjaar 2000-2001, 26 345, nr. 48. Den Haag: Sdu.

Tweede Kamer (2006). Regeling grote projecten. Tweede Kamer, vergaderjaar 2005-2006, bijlage bij 30 351, nr. 2. Den Haag: Sdu

Tweede Kamer (2007a). Motie van het lid Gerkens c.s. Tweede Kamer, vergaderjaar 2006-2007, 26 643, nr. 92. Den Haag: Sdu.

Tweede Kamer (2007b). Motie van het lid Hessels c.s. Tweede Kamer, vergaderjaar 2006-2007, 26 643, nr. 93. Den Haag: Sdu.

Tweede Kamer (2007d). Informatie- en communicatietechnologie; Brief van de vaste commissie voor Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Tweede Kamer, vergaderjaar 2006-2007, 26 643, nr. 95. Den Haag: Sdu

Verhoef, C. (2002). De 30-50-20-regel. Automatisering Gids, week 10.

Het tweede aspect kwam onder meer tot uiting in de feiten, zoals die naar voren zijn getreden in de recente Kowsoleea zaak (LJN: BH4957) en vindt nadere onderbouwing in, bijvoorbeeld, de recente evaluatie van de Wet bescherming persoonsgegevens [GJZ07] en de dissertatie van Koelewijn [Koe09]. Kowsoleea heeft 15 jaren tevergeefs geprobeerd de politieregisters gecorrigeerd te krijgen, waarin hij ten onrechte als crimineel staat (en steeds opnieuw wordt) geregistreerd als gevolg van identiteitsfraude. Hij had geen ander rechtsmiddel dan de (civielrechtelijke) onrechtmatige overheidsdaad tot zijn beschikking. De resulterende situatie was de meest Kafkaëske die de Ombudsman naar eigen zeggen ooit onder ogen kreeg.

Stelling 11: *Uit de stukken lijkt vooralsnog te moeten worden afgeleid dat bij eventuele conflicten tussen de Nederlandse Orde of haar leden met het OM over de werking en het gebruik van de ‘dienst geheimhoudernummers’ geen andere rechtsmiddel open staat dan de onrechtmatige overheidsdaad.*

Er is moeilijk een situatie te bedenken waarin de Orde of haar leden dit rechtsmiddel met enige kans op een bevredigende afloop zouden kunnen aanwenden onder de architectuur zoals aangegeven in de stellingen 5 en 6. Het is vermoedelijk onzorgvuldig van de Nederlandse Orde om zonder dringende noodzaak een onduidelijke vorm van samenwerking met het OM aan te gaan die haar leden in een dergelijke situatie kan brengen.

Oktober 2009: Notitie Koops/Prins

Op 24 oktober brachten de hoogleraren Koops en Prins een advies uit over privacyrechtelijke aspecten van het voorgenomen systeem voor nummerherkenning. Onder erkenning van hun grote deskundigheid op het gebied van de Wet bescherming persoonsgegevens, en met waardering voor alle andere argumenten die zij in het rapport naar voren brachten moet ik een afwijkende opvatting ten aanzien van één aspect signaleren. Het gaat om de grondslag voor de verwerking van persoonsgegevens die in art. 8 (b) van de Wbp wordt gegeven, de grond ‘dat de verwerking noodzakelijk is voor de uitvoering van een overeenkomst waarbij de betrokkene partij is.’ Koops en Prins vinden dat deze grondslag verder buiten beschouwing kan worden gelaten omdat het niet voor de hand ligt om elke advocaat afzonderlijk met het OM een overeenkomst te laten sluiten. Ik ben dit met hen eens. Juist om dergelijke transactiekosten te vermijden is de Nederlandse Orde mede in het leven geroepen. Alle advocaten hebben individueel een civielrechtelijke relatie met de Nederlandse Orde, die de Orde de mogelijkheid geeft om in bepaalde gevallen namens allen op te treden en om haar leden regels voor te schrijven of anderszins te binden. In dat licht zou de grondslag van art 8 (b) Wbp weer in beeld kunnen komen, namelijk wanneer de Nederlandse Orde met het OM een overeenkomst tot het aangaan van verplichtingen over en weer zou sluiten, waaronder bijvoorbeeld de verplichting van de Nederlandse Orde om een database op te tuigen en om haar leden tot deelname te verplichten tegenover een – nu ook civielrechtelijk in een convenant te bevestigen en te sanctioneren – verplichting van het OM om zijn wettelijke taak

ten aanzien van het verschoningsrecht bij afgeluisterde geheimhoudergesprekken rechtmatig uit te oefenen in tenminste 99.9999% van de gevallen. Anders dan Koops/Prins acht ik art 8 (b) van de Wbp de meest voor de hand liggende grondslag omdat de nummerherkenning nu eenmaal *in feite* langs de weg van een civielrechtelijke overeenkomst tussen de Nederlandse Orde en het College van procureurs-generaal tot stand komt - ook al staat deze ten dienste van de betere verwezenlijking van een publiek belang.

Stelling 12: *Opmerkelijk is dat het, hoewel het bij de inrichting van nummerherkenning ontegenzeggelijk de facto om een vorm van publiek-private samenwerking gaat, wel duidelijk wordt waartoe de Nederlandse Orde zich verplicht, maar onduidelijk blijft of, en zo ja aan welke additionele civielrechtelijke vereisten het College van procureurs-generaal zich bij nummerherkenning jegens de Nederlandse Orde en haar leden heeft te houden.*

Het komt mij voor dat de Nederlandse Orde, wanneer de inhoud van de beoogde samenwerking niet nader expliciet wordt gespecificeerd voor beide partijen, de kans voor lief neemt om, achteraf bezien, onzorgvuldig te hebben gehandeld.

Het OM heeft een probleem dat alleen in een zekere gezamenlijkheid met de Nederlandse Orde kan worden opgelost. Partijen hebben evenwel beide een maatschappelijke positie die aan samenwerking in de weg lijkt te staan: ze vertegenwoordigen niet alleen veelal tegengestelde belangen in individuele gevallen, ze vervullen beide essentiële, zij het zeer verschillende functies in de rechtsstaat.

Het is daarmee van openbaar belang dat elke incidentele samenwerking een transparante vorm heeft die overtuigend kan worden verdedigd in het publieke debat. Zonder een expliciete verwoording van de doelen, de verplichtingen en de nalevingscontroles over en weer is dat niet mogelijk.

November 2009: Impactanalyse

Een opmerkelijk stuk dat in de discussie binnen de Nederlandse Orde is ingebracht is [eKvdS09], de impactanalyse. Dit rapport is in opdracht van de Minister van Justitie opgesteld en gaat voornamelijk over de gevolgen die de invoering van nummerherkenning hebben zal op de advocatuur en is daarmee een voorbeeld van de invloed op in wezen interne aangelegenheden die de Nederlandse Orde toestaat aan de Minister. Het stuk heeft eronder te lijden dat de Nederlandse Orde geen overzichtelijk document met expliciete eisen heeft geproduceerd *waaraan het OM moet voldoen om met de Orde tot overeenstemming over nummerherkenning te kunnen komen*. De impactanalyse lijkt me om de genoemde redenen voor de besluitvorming door de Nederlandse Orde van weinig tot generlei waarde.

Intermezzo: een niet genoemd risico en een wijzigingsvoorstel

Met de inrichting, door de Nederlandse Orde, van een volledige database met geheimhoudernummers die dagelijks up-to-date wordt gebracht komt de oplossing voor een probleem van het OM binnen bereik. Maar aan de onverkorte overdracht van de inhoud van die database door de Nederlandse Orde aan het KLPD is een extra risico verbonden. Tot mijn verwondering wordt dat risico nergens in de stukken genoemd.

Dat risico volgt uit de omstandigheid dat een volledige database met geheimhoudernummers voor het KLPD, gezien vanuit de effectieve uitoefening van de politietaak, geheel andere waarden kan vertegenwoordigen dan alleen voor het apart zetten en vernietigen van geheimhoudergesprekken. Zo zou de verleiding groot kunnen zijn om er in de toekomst toch mee te gaan data-warehousen in combinatie met, bijvoorbeeld, bewaarde telecommunicatie-verkeersgegevens. Vanuit dit gezichtspunt zou de overdracht van de hele database aan het

KLPD – ik druk me korthedshalve oneerbiedig uit – verwantschap kunnen vertonen met het spreekwoordelijk binden van de kat op het spek.¹

Wanneer een werk- en betaalbare oplossing zou kunnen worden gevonden in een alternatieve informatie-architectuur waaraan deze risico's minder zijn verbonden zou dat de verdedigbaarheid van een systeem voor nummerherkenning aanzienlijk vergroten. Zo een architectuur ligt zeer voor de hand: alleen de stellingen 5 en 6 behoeven te worden vervangen:

Stelling 5*: *Het KLPD bevraagt de databank bij de Nederlandse Orde voor elk afgeuisterd gesprek waarover onzekerheid bestaat of één van de betrokken nummers een geheimhoudernummers is of niet. Een enkele zogenoemde 'stored procedure' van de database zou dergelijke verzoeken automatisch kunnen beantwoorden.*

Stelling 6*: *Voor elke 'treffer' filtert het KLPD de afgeuisterde gesprekken, zendt deze door naar de database bij de Nederlandse Orde en vernietigt ze uit haar eigen bestanden na een automatische aankomstbevestiging; de Nederlandse Orde zet ze 30 dagen apart en vernietigt ze daarna automatisch wanneer binnen die periode door het OM geen bijzondere procedure succesvol is afgerond om er alsnog toegang toe te krijgen.*

Een dergelijke aanpak zou het risico in vergaande mate wegnemen van oneigenlijk gebruik door of via het KLPD (en van de noodzaak tot nader toezicht daarop).

Een dergelijke aanpak zou eveneens de bewijspositie van de Nederlandse Orde en haar leden bij conflicten over 'fouten' aanmerkelijk versterken.

Een bijkomend voordeel is dat wanneer het College niet met een dergelijke architectuur kan instemmen met vrij grote zekerheid kan worden aangenomen dat het voornemens is de mogelijkheden van oneigenlijk gebruik open te houden.

Problemen van extra kosten en capaciteit zijn er niet: als er inderdaad in de orde van 2000 afuisteringen per dag zijn is de belasting op de beschikbaar te houden reken- en opslagcapaciteit voor het beantwoorden van bedoelde vragen bij de huidige stand van de techniek verwaarloosbaar.

Problemen met extra expertise, benodigd bij de Nederlandse Orde zijn er evenmin: voor de verwezenlijking van de informatie-architectuur als weergegeven in stellingen 5* en 6* is niet meer expertise nodig dan ook al nodig zou zijn voor de verwezenlijking van de minder aantrekkelijke stellingen 5 en 6.

November 2009: Notitie invoering nummerherkenning

In de Notitie invoering nummerherkenning van 13 november 2009 staat een opmerkelijke passage:

Tot nu toe meende de Algemene Raad dat een voor alle advocaten verplicht systeem van nummerherkenning niet zou voldoen aan de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit van artikel 8 sub f van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp). De Tilburgse hoogleraren concluderen dat de proportionaliteit inderdaad in het gedrang kan komen als advocaten hun telefoongebruik vergaand zouden moeten aanpassen. Door het pragmatische voorstel van de impactanalyse ten aanzien van gemengde kantoren en advocaten in dienstbetrekking kunnen de gevolgen voor het telefoongebruik van advocaten beperkt blijven. Om die reden verwacht de Algemene Raad dat het juridisch houdbaar zal zijn om een verordening in te voeren die deelname aan de nummerherkenning verplicht stelt ter bescherming van het belang van alle rechtzoekenden en burgers in Nederland bij bescherming van hun vertrouwelijke communicatie met een advocaat.

¹Het gaat hier om een figuur, bekend uit de sociaalwetenschappelijke literatuur over de voorwaarden waaronder verschillende vormen van corruptie zich meer en minder gemakkelijk voordoen (zie bijvoorbeeld [Joh05] of, aanmerkelijk technischer, [Mye88]). Denk aan mechanismen als welke heden ten dage geacht worden perverse prikkels op te leveren. Het is misschien beschaafd om over dergelijke risico's te zwijgen – en vaak ook politiek verstandig – maar dat kan alleen geen kwaad zolang ze *wel* worden onderkend en zolang er *wel* mee wordt gerekend.

De hierin verwoorde argumentatie blijft van kracht wanneer de grondslagen voor verwerking van art. 8 (b) en art. 8 (f) Wbp worden gecombineerd: de eerste voor de relatie Nederlandse Orde - OM en de tweede voor de relatie Nederlandse Orde - leden van die orde.

Ook de volgende passage uit de notitie van 13 november verdient de aandacht:

Variant 5 [uit de impactanalyse - AHJS] houdt in dat het nieuwe systeem wordt gebouwd en technisch beheerd door BISTRO. Dit heeft niet de voorkeur van de Algemene Raad. Niet alleen omdat de Raad voor de rechtspraak met deze constructie moet instemmen, maar ook omdat de Raad voor de rechtspraak daarmee een extra partij in het stelsel wordt.

In deze passage kan immers worden gelezen dat de Nederlandse Orde zich ervan bewust is in een ‘partijen’-relatie te staan met de andere instellingen die deelnemen aan de nummerherkenningfunctie. Door die relatie niet als contractueel, maar als ‘stelsel’ te benoemen doet de Nederlandse Orde naar mijn stellige overtuiging afbreuk aan haar eigen rechtspositie en neemt zij het risico er achteraf mee te worden geconfronteerd zich onzorgvuldig jegens haar leden te hebben gedragen.

Ook de volgende passage uit de notitie roept vragen op:

Vanuit principieel oogpunt is de Algemene Raad van mening dat de gefilterde geheimhoudergesprekken direct dienen te worden vernietigd. Bij het voorstel van de Commissie Korvinus is de Algemene Raad akkoord gegaan met een bewaartermijn van 30 dagen. De Raad vindt echter net als het College van Afgevaardigden de termijn van 90 dagen voor het bewaren van de opgenomen geheimhoudergesprekken disproportioneel lang.

Een dergelijke lange bewaartermijn maakt het voor de Algemene Raad van des te groter belang dat er goed toezicht komt op het depot waarin de geheimhoudergesprekken worden bewaard. Daarbij gaat het de Raad onder meer om de waarborg dat het depot daadwerkelijk ontoegankelijk is voor medewerkers van politie en OM, en dat naast de opgenomen gesprekken ook alle back-ups of andere (technische) vormen van duplicaten automatisch en tijdig worden vernietigd.

De Algemene Raad meent voorts dat de uitzondering van toegang tot het depot tot de volgende gevallen beperkt dient te blijven:

- strafrechtelijke weg: bij indicatie van oneigenlijk gebruik moet sprake zijn van een verdenking die blijkt uit concrete feiten of omstandigheden. In dat geval dient de Rechter-Commissaris zelf op vordering van de officier van justitie de betrokken gesprekken te beluisteren om vast te stellen of het inderdaad om een situatie van misbruik gaat. Wij vinden dat deze toets door een rechter moet worden uitgevoerd, omdat alle opgeslagen gesprekken afkomstig zijn van een geheimhoudernummer. Tevens horen hierop de regels van de doorzoeking bij advocaten van toepassing te zijn. Dat brengt mee dat de deken bij het uitluisteren aanwezig dient te zijn.
- tuchtrechtelijke weg: als een deken aanwijzingen heeft voor misbruik van het systeem, dan dient hij in het kader van zijn tuchtrechtelijke taak toegang tot de betrokken gesprekken in het depot te krijgen. Als een officier van justitie aanwijzingen heeft voor misbruik door een advocaat, dan dient hij de weg via de deken te bewandelen. Dit zal het vertrouwen van de advocatuur in een juiste toepassing van deze uitzonderingsbepaling ten goede komen.

Hier worden immers ‘harde’ eisen geformuleerd, waarmee ik volledig instem, maar die in het voorstel van 13 november niet contractueel worden vastgelegd, noch gesanctioneerd, met de daaraan verbonden risico’s als voornoemd. De voorgestelde wijziging in de aanpak zoals weergegeven in de stellingen 5* en 6* zou genoemde vereisten en het toezicht erop aanmerkelijker realistischer maken.

December 2009: Presentatie OM over Project schoning geheimhouders

Op 1 december 2009 mocht ik onder gastvrijheid van de Nederlandse Orde een presentatie bijwonen die voor belangstellende Afgevaardigden werd gegeven vanwege het OM door mevrouw Zandee over de stand van zaken bij het ‘Project schoning geheimhouders.’

Aangezien deze rapportage al was geschreven, zal ik hier alleen ingaan op die aspecten die mijn bevindingen ofwel weerspreken ofwel bevestigen:

- *Transparantiegebreken.* Anders dan ik als buitenstaander verwachtte, is de Nederlandse Orde al vergaand op weg om haar deel van de verplichtingen vorm te geven (er ligt al een concept verordening op tafel) zonder dat vastligt hoe de schoning van geheimhoudergesprekken onder de verantwoordelijkheid van het College van procureur-generaals

zal worden vormgegeven, noch technisch, noch organisatorisch, noch politiek. Daarbij merkte ik op dat aan de kant van het OM een zekere irritatie ontstaat en ontwijkende antwoorden worden gegeven zodra naar enige verantwoording omtrent de effectiviteit van de voorgestelde aanpak en/of de omvang van het voorliggende probleem wordt geïnformeerd. Die vragen werden gesteld naar aanleiding van de gepresenteerde aanpak van het project: eerst de opschoning van afgesloten strafzaken, waarmee ervaring werd opgedaan, en daarna het echte werk. Uit de opschoning van afgesloten strafzaken kunnen zonder enige twijfel indicaties worden afgeleid over, bijvoorbeeld, de effectiviteit van de ‘scantools’ die worden ingezet en over de hoeveelheid geheimhoudergesprekken die per tijdeenheden in aanmerking komen om apart te worden gezet. Het is moeilijk in te denken dat dit in het gepresenteerde project zou zijn achterwege gelaten.

- *A contrario glijbaan.* Anders dan staat vermeld in de Notitie die op 3 december bij de Nederlandse Orde ter beraadslaging is voorgelegd wordt er bij het OM nu al van uitgegaan dat het gebruik van aangemelde nummers voor advocaten verplicht zal zijn. Hieruit kan weer worden afgeleid dat er goede redenen zullen zijn dat, wanneer van die nummers *geen* gebruik is gemaakt, niet-ontvankelijkheid niet meer zal volgen bij ‘fouten.’
- *Puliek-private samenwerking.* Gedurende de gehele presentatie bleek dat de afspraken en verantwoordelijkheden vooral intuïtief en informeel vorm hebben gekregen. Aangenomen wordt bijvoorbeeld, dat de deelname van de kant van de Nederlandse Orde aan de beraadslagingen van de commissie Zandee de Orde de facto binden zal. Voortdurend werden gezichtspunten van OM-zijde in verschillende kaders geplaatst: “wat zal de Minister, de Kamer, het College van procureurs-generaal, de Commissie Zandee, de Commissie Korvinus wel niet vinden van dit of dat.” Zo werd een belangrijk deel van de presentatie gewijd aan de opvatting van Zandee dat gefilterde gesprekken in het geheel niet moeten worden bewaard, onder de kanttekening dat de Minister en de Kamer daar wel eens anders over zouden kunnen denken. Hier wrekt zich mijns inziens dat geen heldere civielrechtelijke vorm is/wordt gegeven aan het samenwerkingsverband dat nummerherkenning zal gaan verwezenlijken.

Conclusie en aanbeveling

Ik kom tot de volgende conclusie en aanbeveling ten aanzien van de voorstellen van de Algemene Raad van de Nederlandse Orde van 13 november 2009:

Conclusie: *Wanneer de Nederlandse Orde nalaat om vooraf in een convenant met het College van procureurs-generaal expliciet de vereisten (inclusief sanctionering bij non-conformiteit) te formuleren die harerzijds aan het College worden gesteld voor samenwerking bij nummerherkenning, aanvaardt zij het risico er achteraf mee te worden geconfronteerd zich onzorgvuldig te hebben gedragen, ook jegens haar leden.*

Aanbeveling: *Wanneer in bedoeld convenant wordt overeengekomen dat de inhoud van de database niet wordt overgedragen, maar beschikbaar gehouden voor individuele bevraging door het KLPD, en dat (kopieën van) gefilterde geheimhoudergesprekken bij het KLPD worden vernietigd nadat ze ter bewaring zijn overgedragen aan de Nederlandse Orde, worden de bezwaren en de risico’s die aan het huidige voorstel kleven grotendeels weggenomen zonder noemenswaardige extra kosten.*

Oegstgeest, 1 december 2009

(Geredigeerd op 3 december)

Aangehaalde literatuur

- [eCP09] Bert-Jaap Koops en Corien Prins. Notitie over een bestand voor automatische nummerherkenning van geheimhoudergesprekken. Technical report, Tilburg Institute for Law, Technology and Society, 2009.
- [eKvdS09] Lucas Korsten Ruud Boot en Koos van der Spek. Impactanalyse invoering nummerherkenning bij inderceptie. Technical report, Verdonck, Klooster & associates, 2009.
- [eRvBU09] N.G. Zandee (Hoofdofficier) en R. van Bosbeek (ULI/KLPD). Presentatie over commissie project schoning geheimhouders. Voorlichtingsbijeenkomst door het Openbaar Ministerie voor Afgevaardigden van de NOVA, 2009.
- [GJZ07] Marga Groothuis Hugo Kielman Wouter Koelewijn en Laurens Mommers Gerrit-Jan Zwenne, Anne-Wil Duthler. Eerste fase evaluatie wet bescherming persoonsgegevens: Literatuuronderzoek en knelpuntenanalyse. Technical report, WODC, 2007.
- [Joh05] M. Johnston. *Syndromes of corruption: wealth, power, and democracy*. Cambridge Univ Press, 2005.
- [Koe09] Wouter Koelewijn. *Privacy en politiegegevens: Over geautomatiseerde normatieve informatie-uitwisseling*. Amsterdam University Press, 2009.
- [Mye88] R.B. Myerson. Incentive constraints and optimal communication systems. In *Proceedings of the 2nd Conference on Theoretical Aspects of Reasoning about Knowledge*, pages 179–193. Morgan Kaufmann Publishers Inc. San Francisco, CA, USA, 1988.
- [Rek07] Algemene Rekenkamer. Lessen uit ict-projecten bij de overheid: Deel a. Technical report, Algemene Rekenkamer, 2007.
- [vdNOvA09a] Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten. Concept verordening op de nummerherkenning. *Dossier 3.1.2/3*, 2009.
- [vdNOvA09b] Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten. Notitie invoering van nummerherkenning. In *Dossiernummer 3.1.2/3*, 2009.
- [vdNOvA09c] Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten. Oplegnotitie invoering nummerherkenning. In *Dossiernummer 3.1.2/3*, 2009.
- [vJ09] De Minister van Justitie. Evaluatie van hoofdstuk 13 van de telecomunicatiewet. In *Tweede Kamer, vergaderjaar 2009-2009, 30 517, nr. 8*, 2009.